

# A modernização do Direito Civil e as cláusulas gerais

Leonardo Estevam de Assis Zanini\*

## Introdução

O presente trabalho tem por objetivo o estudo de alguns aspectos das cláusulas gerais e de sua aplicação, já que tal técnica legislativa, como é sabido, foi amplamente acolhida pelo novo Código Civil, de maneira que hoje é imprescindível o seu entendimento para a compreensão do direito privado brasileiro.

Inicialmente tratamos da idéia de ordenamento jurídico como um sistema, demonstrando como se deu a passagem do sistema fechado para o sistema relativamente aberto, bem como a relação entre a mudança de sistema e o surgimento das cláusulas gerais.

Em seguida, passamos a uma análise sobre a origem das cláusulas gerais, seu desenvolvimento na Alemanha e em alguns outros ordenamentos jurídicos e sua importância no novo Código Civil.

Cuidamos também da vagueza, bem como da distinção entre as cláusulas gerais, os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados, o que, apesar de ampla divergência doutrinária, é atualmente basilar, a nosso ver, para se operar no campo do direito privado.

Por último, traçamos um panorama geral acerca da delimitação dos poderes do juiz quando diante das cláusulas gerais, uma vez que muito se discute acerca da existência ou não de discricionariedade por parte do magistrado.

## O ordenamento jurídico e a noção de sistema

O ordenamento jurídico, na concepção de Norberto Bobbio, é baseado em uma norma fundamental, a qual dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de “ordenamento”.

É certo que Bobbio aceitou a construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Hans Kelsen, servindo tal teoria para explicar a unidade de um ordenamento jurídico complexo. Assim, subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, a norma fundamental, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento<sup>1</sup>. Por conseguinte, toda a unidade do ordenamento jurídico, na concepção de Bobbio, está fulcrada na norma fundamental, sem ela todo o ordenamento jurídico desmorona.

Superada a questão da unidade do ordenamento jurídico, Bobbio passa, na obra *Teoria do ordenamento jurídico*, ao exame da coerência, esclarecendo que no uso histórico da filosofia do Direito e da jurisprudência emergiram três diferentes significados de sistema. O primeiro significado é o mais próximo ao de “sistema” na expressão “sistema dedutivo”, ou seja, diz-se que um dado ordenamento é um sistema enquanto todas as normas jurídicas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais, considerados da mesma maneira que os postulados de um sistema científico. O segundo significado de sistema é o encontrado na ciência do Direito moderno, que nasce, pelo menos na *Civil Law*, da pandectista alemã, e vem de Savigny, que é autor da obra *Sistema do Direito romano atual*. Por fim, o autor italiano assevera que o terceiro significado, o mais interessante, é aquele que estabelece que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis<sup>2</sup>.

Resta claro, desta forma, que para Bobbio a unidade do ordenamento jurídico está ligada à norma fundamental, já à coerência está relacionada a constituição do ordenamento jurídico como um sistema. Todavia, adverte que o fato de que as normas devam ser compa-

\* Juiz Federal substituto da 2ª Vara Previdenciária de São Paulo. Mestrando em Direito Civil pela PUC/SP.

<sup>1</sup> Norberto BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 49.

<sup>2</sup> Norberto BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 77/80.

tíveis não quer dizer que se encaixam geometricamente umas nas outras, isto é, que constituam um sistema dedutivo perfeito, uma vez que num sistema jurídico a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, em caso de incompatibilidade de duas normas, não a queda de todo o sistema, mas somente de uma das normas ou no máximo das duas<sup>3</sup>.

Entretanto, Bobbio, nos livros *Teoria do ordenamento jurídico* e *Teoria da norma jurídica*, seguiu a linha da análise estrutural, tendo, assim como Kelsen, colocado de lado a análise funcional do direito, dedicando-se ao aprofundamento do estudo da estrutura. Defendia, em tal período<sup>4</sup>, “uma teoria geral do direito formal isenta de valorações e de considerações sociais, contra os jusnaturalistas e sociólogos do direito, em nome da objetividade da ciência que visa antes conhecer a realidade do que valorá-la, e da ciência normativa que busca o estudo da esfera do dever ser e não do ser”<sup>5</sup>. Daí decorre que o seu conceito de sistema jurídico, se levarmos em conta apenas as obras acima referidas, não podia ser outro que não o de sistema fechado, também aceito por Hans Kelsen.

Por outro lado, no pensamento de Claus-Wilhelm Canaris, pressupõe-se o ordenamento jurídico como um sistema, sendo a sistematização uma exigência ético-jurídica que emana da própria idéia de Direito. “Ao tratar das características da ordenação (adequação valorativa) e da unidade, refere-se ao ordenamento sistematizado. A unidade do sistema percebida por Canaris assemelha-se à coerência tratada por Bobbio, mas vai além: não se limita à exigência da ausência de antinomias, normas contraditórias; demanda a fixação de critérios e princípios gerais, pouco numerosos, que

garantam que a ordem do Direito não se disperse numa multiplicidade de valores singulares e desconexos”<sup>6</sup>.

Ora, a distinção entre o pensamento dos dois juristas supramencionados fica evidente pelo fato de que para Canaris a exigência da ordenação do sistema decorre especialmente do postulado de justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida de sua diferença: tanto o legislador como o juiz devem observar e considerar os valores possíveis, em toda sua profundidade e consequências singulares, ou seja, devem proceder com adequação. A adequação racional é característica da ordem no conceito de sistema e, por isso, a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na ciência do Direito<sup>7</sup>.

Em suma, Canaris estabelece a unidade do sistema com base em princípios gerais, e não em outros elementos também gerais, como conceitos, normas, institutos jurídicos ou valores, e ainda entende que, qualquer que seja sua definição e a idéia de sistema, nela estão presentes a ordenação e a unidade<sup>8</sup>.

Logo, considerando a visão de sistema dos autores citados, podemos asseverar que durante o positivismo o sistema jurídico era analisado apenas sob o aspecto estrutural, considerava-se apenas as normas, as quais eram aplicadas através de raciocínio lógico-dedutivo. No entanto, com a evolução do pensamento, já na fase pós-positivista, os princípios adquirem caráter plástico e permitem a introdução no direito dos valores assumidos pela sociedade, sendo abandonada a idéia da Teoria Pura de Kelsen, desprovida de valores.

## O sistema fechado no positivismo

O Iluminismo já abrigava o conceito fechado de sistema, buscando a ciência como uma ordenação lógica exaustiva. Todavia, com o positivismo jurídico

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>4</sup> Aqui usamos a expressão “em tal período” para deixar claro que não desconhecemos que com o ensaio “Sulla funzione promozionale del diritto”, Bobbio anunciou sua abertura ao funcionalismo jurídico, o que não significou a rejeição da visão estrutural do direito, mas sim a conservação da explicação estrutural do direito acrescida de uma análise funcional. Portanto, Bobbio passou por um período de alinhamento ao positivismo e por um período de pós-positivismo, o qual não é retratado na obra *Teoria do ordenamento jurídico*, mas tão-somente na obra *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*.

<sup>5</sup> Alaôr Caffé Alves. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru, Edipro, 2001, p. 18.

<sup>6</sup> Márcia de Oliveira Ferreira APARÍCIO. Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do sistema. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 7.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>8</sup> Nelson NERY JUNIOR; Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil comentado*, p. 161.

nasceu outro conceito de sistema fechado<sup>9</sup>, representado pela crescente importância da lei votada pelos representantes do povo, o que decorreu das críticas dos pensadores iluministas e da necessidade de segurança jurídica na sociedade.

O povo francês, com a Revolução Francesa, pretendia romper com a monarquia, com a nobreza, com o clero e com a magistratura. Em relação à magistratura, “o povo não mais aceitava que o direito favorecesse só a nobreza, porque inexistindo um sistema de legislação nacional, os juizes, sendo locais, sofriam influência do seu meio, e decidiam no mais das vezes de acordo com a praxe e o costume, evidentemente favoráveis ao *status quo*. E o povo, observando esta situação, bradava que a justiça tardava para os pobres e geralmente favorecia aos ricos e aos nobres, não atendendo os verdadeiros anseios populares. As decisões não seguiam nenhum parâmetro objetivo, imperando o casuismo, e esse casuismo invariavelmente contrário à vontade da maioria”<sup>10</sup>. Portanto, o povo estava a exigir um sistema legal único, que fosse obrigatório para todos, não estabelecendo distinções odiosas entre os cidadãos, ou seja, uma legislação que garantisse a liberdade do cidadão e a igualdade entre os mesmos.

Com a vitória dos revolucionários, buscou-se a unificação da nação através do direito, bem como afastar a insegurança das decisões por meio de um sistema de direito que possibilitasse maior previsibilidade e segurança, restringindo, assim, a forma de encarar e interpretar o sistema legislativo<sup>11</sup>. “O direito francês, com toda sua influência, será exatamente aquilo que o revolucionário quis, ou seja, o juiz será a *boca da lei*, o *escravo da lei*. Não pode interpretá-la, deve seguir um raciocínio puramente dedutivo e aplicar estritamente o que está na lei”<sup>12</sup>.

O juiz francês devia julgar permanecendo sempre dentro do sistema já dado, uma vez que na época entendia-se que o sistema era completo, que havia uma norma para cada caso, sendo o código um prontuário que o juiz devia seguir infalivelmente e do qual não podia se afastar<sup>13</sup>.

Além disso, o juiz não podia deixar de julgar o caso sob a alegação de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, o que estava, e ainda está expresso no art. 4º do Código Civil francês, senão vejamos: “*Art. 4. Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*”.

Proclamaram os revolucionários de 1789, por conseguinte, que todos são iguais perante a lei, a qual deve ser una, geral, a todos igualmente aplicável. O direito se faz lei, geral e abstrata, e a lei, ou direito, encontra a sua forma, o código, conjunto unitário de leis provindas de uma só fonte, o Estado. Excluem-se os direitos que não estão na lei, que é geral, exclusiva e excludente<sup>14</sup>.

Nasceu assim a Escola da Exegese, pela qual a tarefa do jurista circunscrevia-se à unificação dos juízos normativos e ao esclarecimento de seus fundamentos, limitando o direito à lei. Esta por sua vez, deveria ser clara e precisa, de modo a possibilitar aquela segurança tão almejada pelos burgueses. Buscava-se na interpretação, por isso mesmo, as características de estabilidade, linearidade e, sobretudo, logicidade, sob pena de afronta à “segurança jurídica”<sup>15</sup>. Nas palavras de Bobbio, o “caráter peculiar da escola da exegese é a admiração incondicional pela obra realizada pelo legislador através da codificação, uma confiança cega na suficiência das leis, a crença de que o código, uma vez promulgado, basta-se completamente a si próprio, isto é, não tem lacunas: numa palavra, o dogma da completude jurídica”<sup>16</sup>.

Com isso, durante muitos anos os magistrados franceses ficaram bastante limitados ao interpretar a

<sup>9</sup> Eduardo Sens dos SANTOS. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. *In: Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 11/12.

<sup>10</sup> Renan LOTUFO. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 16.

<sup>11</sup> Eduardo Sens dos SANTOS. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. *In: Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 12.

<sup>12</sup> Renan LOTUFO. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O novo Código*

*Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 20.

<sup>13</sup> Norberto BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 121.

<sup>14</sup> Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 169.

<sup>15</sup> Eduardo Sens dos SANTOS. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. *In: Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 12.

<sup>16</sup> Norberto BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 121.

lei, já que o sistema do Código Civil francês era evidentemente fechado, ou seja, aquele em que o direito foi consubstanciado em um corpo sistemático de regras que almejam a completude ao menos potencial<sup>17</sup>, sendo que na Revolução Francesa, como já exposto, encontramos a causa do fechamento do sistema.

Posteriormente, com a mesma visão de sistema fechado, já no século XX, Hans Kelsen circunscreveu a tarefa de uma teoria do direito à análise estrutural, modo de salvaguardar a pesquisa teórica da intrusão dos juízos de valor e de evitar a confusão entre o direito positivo — o único objeto possível de uma teoria científica do direito — e o direito ideal. Entre as intenções de Kelsen estava a *conditio sine qua non* para a fundação de uma teoria científica do direito. Kelsen escreve que a doutrina pura do direito, como ciência, “vê-se obrigada a tão-somente compreender o direito positivo na sua essência e a entendê-lo mediante uma análise da sua estrutura”<sup>18</sup>.

Kelsen via o direito como um sistema autônomo ou auto-suficiente em relação ao sistema social, de modo que o trabalho do jurista desenvolve-se inteiramente dentro dele, não havendo que se falar na intromissão da sociologia, antropologia, economia, psicologia etc. no direito, ou seja, a doutrina pura do direito trabalhava com a idéia de sistema fechado.

A contribuição de Kelsen para a sistematização do direito foi imensa, entretanto, a sua Teoria Pura do Direito foi utilizada como justificativa para retirar do âmbito da ciência jurídica qualquer discussão acerca de questões sobre o conteúdo da norma, voltando as atenções para as questões formais<sup>19</sup>.

Fica evidente, assim, que durante muito tempo o direito trabalhou com a concepção de sistema fechado, divergindo apenas as razões para a sua adoção, ou seja, buscava-se no período posterior à Revolução Francesa o fim dos abusos da magistratura e no início do século XX a qualificação do direito como ciência, tal qual as ciências naturais.

Dessa feita, ficam evidentes as características fundamentais de um sistema fechado: a) rígida estrutura formal do sistema; b) hierarquia de normas jurídicas, sendo que a norma retira seu fundamento de validade na norma hierarquicamente superior; c) a norma mais geral e abstrata possui maior hierarquia do que a norma individual e concreta; d) o juiz apenas executa a subsunção do fato concreto à norma jurídica posta; e) rigidez semântica dos termos empregados nas normas jurídicas, com o objetivo de dar à norma apenas uma interpretação possível<sup>20</sup>.

## Do sistema fechado ao sistema relativamente aberto

Com a aceleração da mutabilidade dos valores e a complexidade da realidade social, o dogma do sistema fechado e, conseqüentemente, o da unidade legislativa fatalmente caíram por terra. É que no sistema fechado o juiz está preso à letra da lei e, ante um aumento da complexidade das relações sociais, seria difícil, senão impossível, deduzir das normas jurídicas as soluções para tais casos<sup>21</sup>.

Ainda, a evidente incompletude dos códigos deu espaço a leis especiais e extravagantes, já que os interesses da sociedade não mais se acomodavam nos códigos e se fazia necessário ouvir outras vozes que não as dos detentores do poder.

Entretanto, como esclarece Judith Martins-Costa, “custou-se a perceber, enfim, que, no universo craquelé da pós-modernidade, não tem sentido, nem função, o código total, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único corpus legislativo, harmônico e perfeito em abstrata arquitetura”<sup>22</sup>.

Desta maneira, com o decorrer do tempo e a cada nova grande codificação (desde a francesa até a

<sup>17</sup> Norberto BOBBIO. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 38.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>19</sup> Luiz Felipe Amaral CALABRÓ. A real amplitude das lacunas nas cláusulas gerais. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 47.

<sup>20</sup> Luiz Felipe Amaral CALABRÓ. A real amplitude das lacunas nas cláusulas gerais. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 48/49.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>22</sup> Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 281/282.



alemã), os juristas passaram a perceber os problemas do sistema jurídico tal qual era admitido, o que levou ao início da reação ao fetichismo legislativo e, ao mesmo tempo, ao dogma da completude. Um dos maiores representantes dessa reação foi o jurista alemão Eugen Ehrlich, o qual critica no livro *A lógica dos juristas (Die juristische Logik, Tübingen, 1925)* a mentalidade tradicional do jurista, ou seja, o conformismo diante do estadismo<sup>23</sup>.

Apesar das críticas que a doutrina vinha fazendo ao sistema fechado, na mesma época Kelsen desenvolveu uma Teoria Pura voltada a uma análise apenas estrutural do direito, sem a influência de ideologias, valores, ou outros fatores externos. Tal teoria serviu de sustentação para o Estado Nazista, tendo inclusive os criminosos de guerra do 3. *Reich* se defendido no Tribunal de Nuremberg argumentando que agiram de acordo com o direito positivo alemão<sup>24</sup>.

Ora, com isso ficou evidente que o fechamento do sistema jurídico não estava em consonância com as mudanças sociais ocorridas, dava azo a atrocidades, como as que ocorreram durante a Segunda Guerra Mundial, bem como dava sustentação a Estados Ditatoriais, o que não era de se admitir no pós-guerra.

Por conseguinte, a ciência jurídica sentiu a necessidade de estabelecer novos e mais estreitos contatos com as ciências sociais, deixando de lado, como afirma Bobbio, o seu esplêndido isolamento. Assim, longe de se considerar, como por muito tempo foi, uma ciência autônoma e pura, busca, cada vez mais, a aliança com as ciências sociais, a ponto de considerar a si própria como um ramo da ciência geral da sociedade<sup>25</sup>. Diz-se, então, que o direito, como ciência social, é dotado de relatividade, à medida que depende sempre da sociedade em que está colocado<sup>26</sup>.

Assim, hoje não se pode negar que o direito é “um subsistema que se posiciona ao lado dos outros subsistemas, tais como o econômico, o cultural e o po-

lítico, e em parte se sobrepõe e contrapõe a eles<sup>27</sup>. Por esta razão, Bobbio, sensível às transformações do mundo que o circundava, publicou os ensaios reunidos na obra *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto* como uma abertura à sociologia jurídica, não apenas como um ponto de vista sobre o direito, mas como algo necessário para a própria elaboração da teoria geral do direito.

Daí que a aproximação do direito com as ciências sociais, bem como a constatação dos problemas gerados pelo desenvolvimento acelerado da sociedade e a tentativa de purificação do direito, levaram à relativa abertura do sistema jurídico.

Pode-se definir sistema relativamente aberto como aquele em que há um grande número de normas em estado fluido e em contínua transformação; é aquele em que é atribuída ao jurista a tarefa de colaborar com o legislador e com o juiz no trabalho de criação do novo direito<sup>28</sup>.

Ao contrário daquele modelo de sistema fechado, no sistema relativamente aberto as hipóteses legais são formuladas em termos intencionalmente imprecisos e indeterminados, permitindo maior mobilidade do juiz em cada caso. Mas não apenas maior mobilidade; é preciso também a possibilidade de buscar a precisão e a determinação requeridas em conceitos extrajurídicos, fornecidos pela Economia, pela Ecologia, pela Sociologia, pelas Ciências Biológicas, pelos costumes, pela Engenharia, enfim, por todas aquelas ciências ou áreas de estudo que possam colaborar para uma decisão mais justa do caso concreto<sup>29</sup>.

No direito brasileiro a relativa abertura do sistema pode ser observada, de maneira absolutamente cristalina, com a inclusão no novo Código Civil das cláusulas gerais, como, *v.g.*, a cláusula geral de boa-fé, a função social do contrato e a função social da propriedade. É que de nada vale um sistema jurídico que oferece segurança jurídica se esse sistema não é atual, mas sim constituído de dogmas ultrapassados. Além da segurança jurídica, grande problema na época das

<sup>23</sup> Norberto BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 122.

<sup>24</sup> Não se pode esquecer que Kelsen não era adepto do Nacional Socialismo alemão, tanto é que acabou fugindo para os Estados Unidos.

<sup>25</sup> Norberto BOBBIO. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 46.

<sup>26</sup> Eduardo Sens dos SANTOS. *O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato*. In: *Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 14.

<sup>27</sup> Norberto BOBBIO. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. XIII.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>29</sup> Eduardo Sens dos SANTOS. *O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato*. In: *Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 15.

grandes codificações, o Direito também deve se preocupar em ser eficiente, justo e atual<sup>30</sup>.

De fato, a técnica legislativa, em razão da relativa abertura do sistema jurídico atual, foi modificada, valendo aqui transcrever os ensinamentos de Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, que entendem que no século XXI “não seria mais admissível legislar-se por normas que definissem precisamente certos pressupostos e indicassem, também de forma precisa, suas consequências, formando uma espécie de sistema fechado. A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo”<sup>31</sup>.

Portanto, em busca da eficiência, justiça e atualidade é que se pensou na construção de um sistema jurídico relativamente aberto, com o emprego das cláusulas gerais. Isto porque, as cláusulas gerais são inseridas nas normas para flexibilizar o sistema jurídico e ajustá-lo às rápidas mutações que ocorrem nos valores e práticas sociais, a fim de que a norma não fique desatualizada e contrária à realidade<sup>32</sup>.

## As cláusulas gerais e o Direito Civil contemporâneo

Ingressamos no século XXI debatendo o direito civil, mas não com base na doutrina liberal, típica das codificações oitocentistas, uma vez que, nem de longe, o Estado brasileiro pode ser considerado, tal qual os estados do século XIX, um estado liberal. Na verdade, o direito civil contemporâneo sofre incontestável influxo da Constituição Federal, o que levou à mudança do foco do direito civil, deixando de ter importância o patrimônio e passando a ser considerado como valor fundamental a pessoa humana<sup>33</sup>.

Hodiernamente, o Código Civil busca inspiração na Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Diferentemente do que ocorre com os códigos penais, a linguagem de um código civil não está cingida à rigida descrição do *Tatbestand*, à técnica da casuística, que a cada mudança social demanda a elaboração de uma nova lei. Assim, um “código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos — mesmo os extrajurídicos — e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”<sup>34</sup>.

Márcia de Oliveira Ferreira Aparício, citando Stefano Rodotà, aduz que as cláusulas gerais integrarão essa nova linguagem como o símbolo da mudança de um paradigma; o testemunho de que há uma crise e a tentativa de dar-lhe resposta; o instrumento com que se evitam tensões demasiado fortes entre o sistema jurídico e os dados da realidade, pois elas permitem a adequação da lei à realidade sem a intervenção do legislador<sup>35</sup>.

No mesmo sentido assevera Judith Martins-Costa que “as cláusulas gerais conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente, de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo”<sup>36</sup>.

Por conseguinte, por meio das cláusulas gerais legisla-se com mais amplitude, permitindo-se soluções mais justas e harmonizadas ao caso concreto. Já do ponto de vista de sistema, abre-se caminho à mutabilidade necessária ao direito, pois, à medida que se abran-

<sup>30</sup> Luiz Felipe Amaral CALABRÓ. A real amplitude das lacunas nas cláusulas gerais. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 49.

<sup>31</sup> Nelson NERY JUNIOR; Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil comentado*, p. 160.

<sup>32</sup> Luiz Felipe Amaral CALABRÓ. A real amplitude das lacunas nas cláusulas gerais. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 52.

<sup>33</sup> Paulo NALIN. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. In: *Revista trimestral de Direito Civil*, 23. Rio de Janeiro: Editora Padma, 2005. p. 75.

<sup>34</sup> Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 285.

<sup>35</sup> Márcia de Oliveira Ferreira APARÍCIO. Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do sistema. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 18.

<sup>36</sup> Judith MARTINS-COSTA. *O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Jus navigandi: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>. Acessado em 21/06/2008.

ge variada gama de interpretações plausíveis, admite-se o importante desapego ao momento político e ao entendimento jurídico que inicialmente determinou a regra<sup>37</sup>.

Logo, não resta dúvida que a técnica da cláusula geral será decisiva para a construção de um sistema jurídico comprometido com a realidade social concreta e contemporânea<sup>38</sup>, uma vez que as cláusulas gerais atuam como uma ponte entre o sistema e a realidade social, entre o sistema e os valores da sociedade, constituindo um dos instrumentos que auxiliam a abertura e a mobilidade do sistema, necessárias à consecução da função primordial do Direito, que é a busca da Justiça<sup>39</sup>.

## A origem das cláusulas gerais

As cláusulas gerais já existiam nas codificações francesa e alemã do século XIX, no entanto, a sua utilização era afastada pela mentalidade juspositivista do aplicador do Direito, que via nesses preceitos a insegurança e a incerteza, decorrente do suposto arbítrio a ser empregado pelo juiz no julgamento do caso concreto<sup>40</sup>.

Aliás, na Alemanha, onde a cultura dominante era a da pandectística, aduz Judith Martins-Costa, citando Franz Wieacker, que a aprovação do BGB, em 18 de agosto de 1896, deu-se em meio a fortes críticas ao “caráter elástico” de algumas de suas disposições e ao apelo “demasiadamente freqüente”, aí implicado, ao “poder discricionário do juiz”<sup>41</sup>.

Com isso, fica claro que, quando da aprovação do BGB, o pensamento prevalente não recebeu as cláusulas gerais como dispositivos especificamente destinados a atribuir aos juízes poderes de criação normativa

similares ao do *praetor* romano<sup>42</sup>. Assim, sob o influxo do positivismo legalista dominante no início do século XX, as cláusulas gerais permaneceram como letra morta por um longo período de tempo<sup>43</sup>.

Entretanto, “com o advento da Jurisprudência dos Interesses de Philip Heck e com a doutrina do “Direito Livre”, preparou-se o terreno para a utilização das cláusulas gerais como instrumento de conformação do sistema jurídico, para o preenchimento das lacunas presentes no ordenamento, que já não mais necessitava sustentar a ficção de uma plenitude não encontrada na realidade dos fatos”<sup>44</sup>.

No final da segunda década do século XX, em virtude do caos econômico pós-Primeira Guerra Mundial, o poder aquisitivo do marco alemão estava sendo corroído drasticamente pela hiperinflação, atingindo em cheio toda a estabilidade do tecido social na Alemanha. As pessoas faziam compras com sacos de dinheiro e não se chegava sequer a imprimir o verso da cédula, tamanha a desvalorização monetária. Os efeitos imediatos da crise foram sentidos nas relações contratuais, já que se tornou praticamente inviável a manutenção das cláusulas atinentes ao preço, que não previam qualquer índice de correção monetária<sup>45</sup>.

A situação, como não poderia deixar de ser, foi levada ao Poder Judiciário, o qual, para contornar o rígido princípio nominalista da moeda, decidiu fazer uso da cláusula geral para “pôr cobro a situações jurídicas manifestamente iníquas, realçando o papel da boa-fé como fundamento para justificar decisões dos tribunais, até mesmo, *contra legem*”<sup>46</sup>.

O Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), à época, contava com apenas duas décadas de vigência, e, em três de seus parágrafos (§§ 138, 242 e 826), até então praticamente adormecidos, a jurisprudência alemã encon-

<sup>37</sup> Eduardo Sens dos SANTOS. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. In: *Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 18.

<sup>38</sup> Paulo NALIN. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. In: *Revista trimestral de Direito Civil*, 23. Rio de Janeiro: Editora Padma, 2005. p. 75.

<sup>39</sup> Márcia de Oliveira Ferreira APARÍCIO. *Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do sistema*. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006. p. 23/24.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>41</sup> Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 288.

<sup>42</sup> Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 288.

<sup>43</sup> Alberto Gosson JORGE JUNIOR. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 62.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>45</sup> Fabiano MENKE. *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*. In: *Revista de Direito do Consumidor*, 50. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 10.

<sup>46</sup> Alberto Gosson JORGE JUNIOR. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 62/63.

traria a solução para afastar o desequilíbrio gerado em milhares de relações contratuais<sup>47</sup>.

Assim, algumas Cortes da Alemanha, como relata Domenico Corradini, citado por Judith Martins-Costa, passaram a aplicar o § 242 do BGB conferindo-lhe o sentido de boa-fé objetiva, recusando-se a considerá-lo uma fórmula meramente pleonástica, norma de interpretação dos contratos ou simples compêndio de deveres previstos em normas diversas<sup>48</sup>.

Essa nova roupagem dada à boa-fé tem como fatores a extraordinária capacidade dos juízes alemães para ousarem em seu *officium* e a técnica na qual foi redigida a referida cláusula no BGB<sup>49</sup>.

Não se pode deixar de destacar que, apesar do mencionado desenvolvimento louvável da jurisprudência alemã, as normas com conteúdo indeterminado, durante os tristes anos do nazifascismo, proporcionaram manipulações ideológicas e afrontas aos direitos humanos, uma vez que os juízes tedescos passaram a fazer uso do poder outorgado pelas cláusulas gerais para inserir no ordenamento jurídico os ideais do 3. *Reich*<sup>50</sup>. Justamente por isso, menciona Franz Wieacker que “em épocas de predomínio da injustiça elas [cláusulas gerais] favorecem as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e o oportunismo político”<sup>51</sup>.

Superado o período da Segunda Guerra Mundial, a técnica das cláusulas gerais novamente se mostrou frutífera na jurisprudência alemã, permitindo a construção ou o desenvolvimento, no direito obrigacional, dos casos de *exceptio doli*, da inalegabilidade de nulidades formais, de culpa na formação dos contratos (culpa *in contrahendo*), de abuso da posição jurídica, de modificação das obrigações contratuais por alteração superveniente das circunstâncias<sup>52</sup>.

Semelhante desenvolvimento, na Itália, somente floresceu nas décadas de sessenta e setenta, quando se

tratou de opor à técnica legislativa da regulamentação (ou técnica de regulamentar, exaustivamente, as *fattispecies* jurídicas, como é tradicional nos sistemas codificados) a técnica da “legislação por princípios”<sup>53</sup>.

Alberto Gosson Jorge Junior muito bem ilustra a fuga inicial da técnica das cláusulas gerais na Itália, o que também aconteceu em muitos outros países do velho continente: “Além da doutrina, recolhe-se a opinião de que o Judiciário italiano não teria desenvolvido uma experiência similar à do direito alemão, esta, como vimos, estribada fundamentalmente no § 242 do BGB, o que justificaria a assertiva de Pietro Rescigno, no sentido de que os juízes italianos teriam empreendido uma fuga das cláusulas gerais, ao inverso da magistratura germânica, que teria optado por uma fuga nas cláusulas gerais”<sup>54</sup>.

Já no Brasil, na década de 70, o legislador se viu encarregado de produzir grandes modificações legislativas de impacto social, sendo que, para tanto, recorreu a critérios menos descritivos da norma. É que, a partir do surgimento de um Estado assistencialista e intervencionista, setores do Código Civil ficaram desatualizados, assim, partes inteiras da legislação codificada passaram a ter regramentos especiais ou setorizados<sup>55</sup>.

Ocorre que, embora as cláusulas gerais fossem previstas na legislação brasileira do século XX, poucos foram os períodos de regime político democrático no país, o que dificultou a atuação da magistratura, dadas as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência. Por conseguinte, a recusa tácita do emprego das cláusulas gerais e até mesmo a sua adequada compreensão pode ser explicada pela falta de legitimidade de muitos dos governos que se seguiram, o que vem a reforçar as esperanças de que agora elas venham a ser empregadas, haja vista a forma com que foi recebida a Constituição de 1988 pelo povo e, em especial, pelos magistrados brasileiros<sup>56</sup>.

Destarte, fica evidente que as cláusulas gerais tiveram desenvolvimento inicialmente na Alemanha, em

<sup>47</sup> Fabiano MENKE. *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*. In: Revista de Direito do Consumidor, 50. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 10.

<sup>48</sup> Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 289.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 290.

<sup>50</sup> Alberto Gosson JORGE JUNIOR. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 66.

<sup>51</sup> Franz WIEACKER. *História do direito privado moderno*, p. 546.

<sup>52</sup> Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 292.

<sup>53</sup> Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 294.

<sup>54</sup> Alberto Gosson JORGE JUNIOR. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 67.

<sup>55</sup> Paulo NALIN. *Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil*. In: *Revista trimestral de Direito Civil*, 23. Rio de Janeiro: Editora Padma, 2005. p. 64-65.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 66



especial a cláusula geral de boa-fé objetiva, uma vez que os juízes alemães, em virtude de problemas enfrentados na sociedade, foram ousados ao interpretar o BGB, cuja redação comportava normas que vinculavam o juiz e, ao mesmo tempo, davam-lhe liberdade. Apesar do sucesso alemão, apenas recentemente as cláusulas gerais se desenvolveram na grande maioria dos países de direito romano-germânico, o que, sem dúvida, está relacionado ao fato de que muitos dos países da *civil law* enfrentaram no século XX regimes políticos não democráticos, que acabavam limitando a atuação dos magistrados.

## A vagueza

O caráter vago da linguagem não é um traço característico apenas das cláusulas gerais, podendo ser detectado em termos e expressões de toda a linguagem e, em especial, da linguagem jurídica.

As normas jurídicas podem ser consideradas vagas se o seu enunciado possibilitar a existência de casos-limite<sup>57</sup>.

É evidente que a questão da vagueza não é nenhuma novidade, muito antes das cláusulas gerais os aplicadores do direito já tinham de enfrentar os enunciados que davam margem aos casos-limite, o que não passou despercebido pelos juristas romanos.

Aliás, não só no novo Código Civil, mas também na própria Constituição Federal encontramos muitos casos de vagueza, entre eles o constante do art. 5º, XI, o qual dispõe: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Logo, o mandado judicial autoriza a violação do domicílio apenas durante o dia, mas o termo dia, apesar de não estar contido em uma cláusula geral, pode apresentar casos-limite, uma vez que não há norma que estabeleça a quantidade de raios solares necessários para que possamos afirmar que é dia ou noite. É claro que às 12 horas é dia, bem como às 23 horas é noite, porém, no que toca às 18 horas, a situação se complica, ainda mais se considerarmos o horário de

verão. Assim, dia, para José Afonso da Silva, é o período das 6 às 18 horas, já Celso de Mello considera o mesmo termo como o intervalo de tempo situado entre a aurora e o crepúsculo<sup>58</sup>. De qualquer forma, os critérios oferecidos não afastam a vagueza da expressão.

A problemática da vagueza foi muito bem sintetizada por Luzzatti, citado por Eduardo Sens dos Santos, que ensinou que “todas as expressões lingüísticas são indeterminadas em maior ou menor medida. A vagueza, pois, não é uma qualidade que existe ou não existe, mas é principalmente uma questão de grau”. É dizer, não se tem, v.g., informação precisa de quantas pessoas são necessárias para formar uma turba<sup>59</sup>, nem de quantos fios de cabelo a pessoa precisa perder para ser considerada calva. Portanto, é certo que a vagueza poderá existir em grau maior ou menor, o que poderá dificultar a interpretação do operador do direito; porém, não a encontraremos em alguns termos, especialmente no que toca aos dados matemáticos.

Todavia, a vagueza não deve ser encarada tão somente como um defeito de linguagem, visto que, como assevera Judith Martins-Costa, ela pode ser intencional ou programática, não se confundindo com a obscuridade, antes podendo constituir, em muitos casos, uma vantagem, utilizada na perseguição de certas finalidades. Por isso, ocorre em todo o ordenamento uma composição entre enunciados marcados por alto grau de precisão semântica e outros construídos sobre a intencional imprecisão, já que é útil e necessária a potencialidade (semântica) da vagueza justamente a fim de ser conferida tutela aos casos-limite<sup>60</sup>.

Por conseguinte, é de grande valia a distinção entre vagueza comum e vagueza socialmente típica, a qual foi feita por Claudio Luzzatti e sintetizada por Luiz Felipe Amaral Calabro da seguinte forma: “A vagueza comum não remete o magistrado, diretamente, a valores ou princípios, mas, sim, às circunstâncias do caso concreto. Assim, um conceito indeterminado que possua vagueza comum, será determinado pelo magistrado apenas com base nas peculiaridades do caso concreto, plano do ‘ser’”. Já a vagueza socialmente típica

<sup>58</sup> Alexandre de MORAES. *Direito Constitucional*, p. 49/50.

<sup>59</sup> Eduardo Sens dos SANTOS. *O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato*. In: *Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 19.

<sup>60</sup> Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 311/312.

<sup>57</sup> Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 306 e ss.

ca remeterá o magistrado aos princípios e valores que inspiram o ordenamento jurídico. Assim, um conceito indeterminado que possua vagueza socialmente típica, seria uma cláusula geral, posto que remeteria o magistrado aos princípios e valores..."<sup>61</sup>.

Daí que a expressão vagueza socialmente típica, considerando a distinção apontada, indica gênero do qual são espécies as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados<sup>62</sup>.

Destarte, a vagueza, longe de ser prejudicial, encerra noção de grande valia para o direito, permitindo sua maior mobilidade<sup>63</sup>, uma vez que as normas dotadas de termos ou expressões vagas podem ser constantemente atualizadas pelo operador do direito, o que não ocorre se estivermos diante de norma que contenha termos dotados de grau de vagueza mínima.

## Distinção entre cláusulas gerais e princípios jurídicos

A palavra "princípio", seja no campo do direito ou fora dele, comporta vários significados, assim sendo, devido a essa multiplicidade de maneiras como podemos encará-la, a diferenciação entre os princípios jurídicos e as cláusulas gerais torna-se bastante complicada. Por isso, devemos limitar o campo de nossa análise a um dos significados de princípio, para só então passarmos à referida diferenciação.

No que toca à equívocidade dos princípios, Alberto Gosson Jorge Junior, fazendo uso dos ensinamentos de Guido Alpa, aduz que: "os juristas usam a expressão 'princípio' em diversos contextos: como elemento da disciplina (princípios de direito privado), como valor (o princípio da correção), como instrumento (o princípio do contraditório), mas sobretudo como regra abstrata aplicável às várias hipóteses (*fattispecie*) concretas".

Já no festejado *Lições preliminares de direito*, Miguel Reale doutrina que "os princípios são 'verdades

fundantes' de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*". Mas o tridimensionalista também vê nos princípios enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas<sup>64</sup>.

Considerando o último significado dado por Miguel Reale aos princípios, temos que com estes a técnica legislativa das cláusulas gerais não deve ser confundida. No entanto, há respeitável doutrina entendendo inexistir distinção entre cláusula geral e princípio.

É certo que pelas cláusulas gerais pode-se muito bem inserir no corpo legislativo um princípio, tornando-o expresso, mas isso não quer dizer que toda cláusula geral encerre um princípio. O que ocorre costumemente é que os princípios, que em geral também contêm noções imprecisas por estarem imbuídos de valores, são enunciados em termos vagos, assim como as cláusulas gerais<sup>65</sup>.

No mesmo sentido, Judith Martins-Costa destaca que as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os *contenham* em seu enunciado ou *permitam a sua formulação*<sup>66</sup>.

Aliás, é sabido que, mesmo antes da consagração da boa-fé objetiva como cláusula geral no novo Código Civil (art. 422), a vanguarda da doutrina nacional já a aplicava como princípio, o que demonstra que um princípio pode estar implícito no ordenamento jurídico, e mesmo assim ser aplicado. O mesmo não ocorre com uma cláusula geral, eis que se trata de técnica legislativa, devendo estar expressa no ordenamento jurídico.

Márcia de Oliveira Ferreira Aparício muito bem sintetiza a distinção entre as cláusulas gerais e os princípios, a qual, a nosso ver, muito se aproxima daquela

<sup>61</sup> Luiz Felipe Amaral CALABRÓ. A real amplitude das lacunas nas cláusulas gerais. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 63.

<sup>62</sup> Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 315.

<sup>63</sup> Eduardo Sens dos SANTOS. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. In: *Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

<sup>64</sup> Miguel REALE. *Lições preliminares de direito*, p. 299/300.

<sup>65</sup> Eduardo Sens dos SANTOS. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. In: *Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 17.

<sup>66</sup> Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 315/316.

feita por Judith Martins-Costa<sup>67</sup>, senão vejamos: “As cláusulas gerais carregam, no mais das vezes, princípios e valores. Nesses casos, poderíamos vislumbrar, cumulativamente, em uma só norma, princípio e cláusula geral. Os conceitos, no entanto, ainda que coincidam em alguns momentos, são diversos. Não pode haver cláusula geral não-expressa, ou implícita [mas admite-se princípio implícito<sup>68</sup>]. Há cláusulas gerais que não contêm princípios, mas apenas referem princípios e valores. É da essência das cláusulas gerais a possibilidade do reenvio a outros espaços do ordenamento que não o dos princípios, e mesmo a valores extrajurídicos e extra-sistemáticos. E, por fim, há princípios jurídicos que não contêm conceitos dotados de vagueza semântica,

e que não poderiam integrar a sistemática das cláusulas gerais”<sup>69</sup>.

Malgrado ficar evidente a distinção entre as cláusulas gerais e os princípios, a confusão decorre geralmente do fato da norma que configura cláusula geral conter um princípio, reenviando ao valor que este exprime, como ocorre com o reiteradamente citado § 242 do BGB. Ai, sim, se poderá dizer que determinada norma é, ao mesmo tempo, princípio e cláusula geral<sup>70</sup>.

Ademais, constata Alberto Gosson Jorge Junior que num comparativo entre princípios e cláusulas gerais, os princípios irradiam uma identidade própria no interior do sistema jurídico, o que já não se passa com as cláusulas gerais, que devem promover o reenvio<sup>71</sup> ao próprio ordenamento, inclusive aos princípios, e até mesmo para fora do sistema jurídico.

Outrossim, vale destacar que no ordenamento jurídico italiano, conforme ensinam Pietro Perlingieri e Pasquale Femia, a distinção também é feita, sendo que as cláusulas gerais, empregadas como técnica legislativa nas leis ordinárias e na Constituição, são consideradas como instrumento de concretização de valorações contidas em outras normas, possibilitando, inclusive, a atuação de princípios. Os mestres italianos, fazendo uso da distinção entre princípio e regra, bastante difundida por Dworkin e Alexy, dão um outro colorido à questão, para asseverar que a cláusula geral “è un frammento vago di una disposizione dalla quale si deve ancora ricavare un significato applicabile e, soltanto dopo aver risolto tale problema, la norma si può dire individuata (princípio o regola che sia)”<sup>72</sup>.

Por conseguinte, as cláusulas gerais e os princípios não se confundem, não obstante em regra ambos estejam dotados de vagueza semântica e muitas vezes

<sup>67</sup> Se nos afigura importante nesta nota a transcrição da distinção entre as cláusulas gerais e os princípios feita por Judith Martins-Costa:

“a) não se pode pensar em “cláusula geral inexpressa”. Constituindo uma técnica legislativa, não há o que falar em sua “implicitude”. Ou estão formuladas na lei ou não estão. Portanto, um dos dois setores em que se divide a classificação dos princípios acima aludida, qual seja a que distingue entre os princípios inexpressos e os expressos, resta completamente afastado da possibilidade de sinonímia ou equiparação às cláusulas gerais [p. 323];

b) considerando o setor que resta, vale dizer, o dos princípios expressos, nem aí se justifica a equiparação. É que não se pode pensar em cláusula geral que não promova o reenvio, seja a outros espaços do próprio ordenamento, seja a standards, jurídicos ou ainda extrajurídicos, ou a valores, sistemáticos ou extra-sistemáticos, podendo-se apontar, contudo, como acima se aludiu, a um considerável quadro de princípios que não contêm conceitos dotados de vagueza (semântica) socialmente típica, e que, portanto, não promovem o mencionado reenvio [p. 323];

c) têm-se, então, no campo residual, os princípios expressos que referenciam valores e que se traduzem em linguagem dotada de alto grau de vagueza semântica, tal como “boa-fé”, “correção”, “moralidade pública”, “razoabilidade” etc. Mesmo aí é indevida a equiparação. O que se poderá dizer é que aí se trata de uma cláusula geral que contém um princípio, embora possa haver outras que nem de longe contêm princípios, apenas reenviando a outros estatutos, como é o caso do art. 7º do CDC [p. 323/324].

<sup>68</sup> Judith Martins-Costa explana que os princípios inexpressos ou implícitos são “aqueles que, embora não formulados em determinada disposição legislativa, são, à vista da racionalidade do sistema, da natureza de certa instituição, ou do conjunto normativo aplicável a certo campo, elaborados, construídos, “recolhidos” ou formulados pelo intérprete. Assim, o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, o da razoabilidade da ação administrativa, o da vedação ao enriquecimento sem causa, o princípio da realidade nas relações de emprego, o da autonomia da vontade nos contratos privados, o já aludido princípio da boa-fé objetiva no direito obrigacional, o da boa-fé subjetiva no direito possessório etc. Ai se entende, afirma Guastini, “que os intérpretes, ao formularem um princípio inexpresso, não se submetem ao legislador, mas assumem que tal princípio esteja implícito, latente, no discurso das fontes”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p. 320).

<sup>69</sup> Márcia de Oliveira Ferreira APARÍCIO. Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do sistema. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 21.

<sup>70</sup> Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 322.

<sup>71</sup> Alberto Gosson JORGE JUNIOR, *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 42.

<sup>72</sup> Pietro PERLINGIERI; Pasquale FEMIA. *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, p. 28 e ss. Tradução Livre: “é um fragmento vago de uma disposição da qual se deve ainda extrair um significado aplicável e, somente após ter resolvido tal problema, a norma poderá ser dita individualizada (princípio ou regra que seja)”.

uma norma veicule ao mesmo tempo uma cláusula geral e um princípio.

## **Distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados**

Mais difícil é a distinção entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, por isso, iniciamos este tópico trazendo seus conceitos para depois passarmos à distinção.

A idéia de conceito indeterminado<sup>73</sup>, para Antônio Menezes Cordeiro, ocorre sempre que “um conceito não permita comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambigüidade, porosidade ou esvaziamento: polissemia quando tenha vários sentidos, vaguidade quando permita uma informação de extensão larga e compreensão escassa, ambigüidade quando possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proposição onde o conceito se insira, porosidade quando ocorra uma evolução semântica com todo um percurso onde o sentido do termo se deva encontrar e esvaziamento quando falte qualquer sentido útil”<sup>74</sup>.

Já as cláusulas gerais podem ser conceituadas, conforme Judith Martins-Costa, como “uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à

vista dos casos concretos, crie, complemento ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico”<sup>75</sup>.

Ora, sabe-se que os conceitos jurídicos indeterminados podem dizer respeito a realidades fáticas ou a valores, assim, interessante é a separação dos dois tipos de conceitos jurídicos indeterminados para fazer a distinção.

Iniciamos com a lembrança do conceito jurídico indeterminado “loucos de todo o gênero”, que gerou bastante polêmica no período de vigência do Código Civil de 1916. Tal conceito dizia respeito à realidade fática, já que poderia ser precisado com base nas regras de experiência, “às quais deve o juiz recorrer inclusive por força de mandamento legal (CPC, art. 335), podendo ou não se valer do auxílio de *expert*, conforme o caso”<sup>76</sup>. Porém, como estamos diante de um conceito jurídico indeterminado atinente à realidade fática, não há o reenvio às instâncias valorativas, o que é fundamental para a caracterização das cláusulas gerais. Portanto, fica fácil perceber que as cláusulas gerais não se confundem com os conceitos jurídicos indeterminados que dizem respeito a realidades fáticas.

Entretanto, o maior problema surge na distinção entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados referentes aos valores, os quais também apresentam alto grau de vagueza semântica e reenvio a *standards* valorativos.

Ocorre que, também no caso dos conceitos jurídicos indeterminados referentes aos valores, a distinção pode ser feita, já que “a coincidência não é perfeita, pois a cláusula geral exige que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma. Enquanto nos conceitos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação

<sup>73</sup> A denominação “conceito indeterminado” decorre da tradução literal de *unbestimmte Begriff*, palavra de origem germânica. É certo que o adjetivo “indeterminado” associado ao substantivo “conceito” já sofreu críticas de muitos juristas, entre eles de Eros Roberto Grau, que diz não se tratar de conceito jurídico indeterminado, mas sim de termo indeterminado (Gisele Santos Fernandes GÔES. *Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFIO, Renan (org.). Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006. p. 85). Por outro lado, há quem prefira, como Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a denominação “conceitos legais indeterminados”, derivada de *unbestimmte Gesetzbegriffe*, ao fundamento de que a indeterminação está na norma legal e não na forma – “Die Unbestimmtheit ist Normattribut, nicht Formattribut” (Nelson NERY JUNIOR; Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 161). Entretanto, “conceito jurídico indeterminado” se trata de expressão consagrada pela doutrina nacional e alienígena.

<sup>74</sup> A. Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1984, vol. 2. p. 1.177.

<sup>75</sup> Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 303.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 325.



intelectiva do juiz é mais complexa. Este deverá, além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, averiguar a exata individualização das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica. Deverá, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes ao caso concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções existentes no sistema<sup>77</sup>.

Na mesma linha, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery apontam que a diferença entre cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado referente a valores é que a norma que contém um conceito jurídico indeterminado já apresenta a solução para o caso, cabendo ao juiz apenas a aplicação da norma, sem o exercício de nenhuma outra função criadora. Na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa, pois é ele quem determina os efeitos, as consequências práticas, visto que a norma não estabelece a solução a ser dada ao caso concreto<sup>78</sup>.

Logo, nos conceitos jurídicos indeterminados a solução não é criada pelo juiz, já está determinada pela lei, cabendo ao juiz somente a atividade de preenchimento do significado do conceito (v.g., o que se entende por “loucos de todo o gênero”), ou seja, a atividade do magistrado é menos criativa. Por outro lado, nas cláusulas gerais o juiz precisa criar o regramento aplicável ao caso concreto, não somente encontrar o teor dos conceitos formados por termos indeterminados, atividade esta que é imensamente mais criativa<sup>79</sup>.

Para melhor elucidar a diferença vale o exame do art. 421 do novo Código Civil, que dispõe: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Trata-se, sem dúvida, de uma cláusula geral, pois a *fattispecie* foi posta de maneira vaga, sendo que toda a gama dos efeitos decorrentes de um negócio jurídico que não foi exercido em razão e nos limites da função social do contrato será criada, determinada, desenvolvida e mensurada pelo juiz, sempre

à vista do caso concreto<sup>80</sup>, o que diverge em larga escala da atividade desenvolvida pelo juiz quando diante apenas de um conceito jurídico indeterminado.

Apesar disso, há autores que negam a distinção, como Luzzatti, o qual engloba as duas espécies na categoria das normas vagas socialmente típicas<sup>81</sup>. Já Cláudia Lima Marques, baseada na doutrina de Karl Engisch, Karl Larenz e Claus-Wilhelm Canaris, defende um conceito de cláusula geral mais abrangente, entendendo que pode conter um conceito jurídico indeterminado<sup>82</sup>.

Portanto, apesar da existência de doutrina em sentido contrário, entendemos que existe diferença entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, eis que a atividade desenvolvida pelo magistrado nas cláusulas gerais é criadora de direito, fonte de direito e de obrigações, enquanto que nos conceitos jurídicos indeterminados a solução para o caso já está determinada na norma.

## Cláusulas gerais e discricionariedade

Como se sabe, cabe ao Poder Legislativo a função de criar o Direito Positivo, o juiz, considerando a independência e harmonia entre os poderes (art. 2º, CF), não tem a atribuição de criar a lei, no entanto, pode interpretá-lo de forma criativa e construtiva, o que confere às suas decisões a potencialidade de serem democráticas e sensíveis às necessidades da comunidade<sup>83</sup>.

Ocorre que, quando a atividade jurisdicional envolve cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, atribui-se, muitas vezes, um poder discricionário ao juiz. É que, devido à amplitude dos poderes conferidos ao magistrado, muitos entendem que foram conferidas opções indiferentes no que toca ao cumprimento da norma legal.

<sup>77</sup> Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 327.

<sup>78</sup> Nelson NERY JUNIOR; Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil comentado*, p. 160 e ss.

<sup>79</sup> Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 327/328.

<sup>80</sup> Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 328.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 325.

<sup>82</sup> Fabiano MENKE. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. In: *Revista de Direito do Consumidor*, 50. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 16.

<sup>83</sup> Emilia Simeão Albino SAKO. Conceitos vagos, indeterminados e cláusulas gerais: a liberdade conferida ao juiz pelo novo Código Civil brasileiro. In: *Revista de Direito do Trabalho*, 129. Curitiba: Genesis, 2003. p. 348.

A oposição entre discricionariedade e vinculação é clássica no âmbito do direito administrativo. Nos atos discricionários o administrador teria margem de atuação, pois poderia, de acordo com a conveniência e oportunidade, examinar qual a solução ótima para se atingir os interesses públicos. O mesmo não ocorre com os atos vinculados, eis que o administrador não teria a mesma liberdade, já que estaria estritamente adstrito à determinação legal, como se fosse uma locomotiva que deve seguir os trilhos, sob pena de descarrilamento.

Daí que, com base nos conceitos do direito administrativo, muitos operadores do direito passaram a ver semelhança entre a vinculação e a atividade do juiz de subsunção do fato à norma, bem como entre a discricionariedade e a criação da solução jurídica fundamentada em cláusula geral.

Entretanto, considerando a visão clássica da discricionariedade, não podemos admitir que o juiz, na aplicação de uma cláusula geral, faça uso do binômio conveniência-oportunidade para atingir a solução correta e justa ou, melhor traduzindo, mais razoável para o caso concreto<sup>84</sup>. Mesmo se tomarmos a discricionariedade como perspectiva ótima da norma, a nosso ver, devemos afastar a utilização desse termo já consagrado pelos administrativistas, evitando assim a confusão entre a conveniência e oportunidade e a atividade do juiz que, por meio de cláusulas gerais, encontra o direito aplicável ao caso concreto.

Eros Roberto Grau, citado por Gisele Santos Fernandes, deixou bastante clara a diferença em exame ao asseverar que “no exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, na eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de conceitos indeterminados o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade. Por isso é que — e não porque o número de soluções justas varia de uma para outra hipótese — são distintas as duas técnicas”<sup>85</sup>.

Não há que se falar em atividade interpretativa na discricionariedade, pois as escolhas não estão qualificadas no universo jurídico, não tem amálgama na lei, mas

em circunstâncias fáticas que denotam a conveniência e oportunidade da situação que se apresenta<sup>86</sup>.

Na discricionariedade o administrador tem à sua disposição vários caminhos, sendo indiferente para a lei qual deles tomará, ou seja, qualquer opção será jurídica, respeitados, logicamente, os limites do poder discricionário. O mesmo não ocorre nas cláusulas gerais, onde o juiz deve encontrar a única solução que seria correta para o caso. A situação poderia ser ilustrada da seguinte maneira: a) na discricionariedade estaríamos diante de várias portas, todas elas levando a soluções protegidas pelo ordenamento jurídico; b) na interpretação das cláusulas gerais a situação é outra, visto que apenas uma das portas leva a uma resposta juridicamente válida.

Igualmente, alerta Teresa Arruda Alvim Wambier, referida por Emília Simeão Albino Sako, que o Poder Judiciário “não tem discricionariedade quando interpreta norma que tenha conceito vago, seja profereindo liminares, seja prolatando sentenças, porque isso implicaria que essas decisões ficassem fora do controle das partes. Liberdade de interpretação e decisão não significa o exercício do poder discricionário pelo juiz, pois sua interpretação está constrangida pelo princípio da coerência normativa. A decisão que o juiz profere, além de situar-se dentro do sistema jurídico, há de ser adequada, justa, razoável e aceitável”<sup>87</sup>.

Logo, na esfera dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais não há que se falar na vontade do intérprete do direito, mas o mesmo não se pode dizer da discricionariedade, que não requer o sentido da norma jurídica, já que fundamentada em critérios extrajurídicos<sup>88</sup>.

Encontramos a mesma resposta, no âmbito do direito administrativo, nos ensinamentos de Lúcia Valle Figueiredo: “No Direito Civil também se encontram conceitos plurissignificativos, tais como *bom pai de família*, *bom comportamento*, *injúria grave*. Todos

<sup>84</sup> Gisele Santos Fernandes GÓES. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006. p. 85.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>87</sup> Emília Simeão Albino SAKO. Conceitos vagos, indeterminados e cláusulas gerais: a liberdade conferida ao juiz pelo novo Código Civil brasileiro. In: *Revista de Direito do Trabalho*, 129. Curitiba: Genesis, 2003. p. 349.

<sup>88</sup> Gisele Santos Fernandes GÓES. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006. p. 91.

são conceitos que comportam mais de uma acepção. Porém, no caso concreto, se a matéria estiver *sub judice*, será o juiz que os interpretará e atribuir-lhes-á significado. E nunca houve objeção a que isto assim se passasse. De outra parte, se a matéria estiver perante a Administração Pública, e esta tiver de concretizar a norma, terá de interpretar o conceito e fazer o que Enterría afirma, de maneira tão satisfatória: trazê-lo à zona de certeza. E não é, ainda, nesses conceitos que necessariamente se vai encartar a discricionariedade. Trata-se, pois, como diz Benvenuti, de se encontrar, na dinâmica, correspondência entre ‘significante’ e ‘significado’<sup>89</sup>.

Não obstante até aqui termos afastado a discricionariedade da atuação do magistrado, na realidade ela existe em algumas situações expressamente previstas em lei, o que não significa que ela seja a regra, o modelo de atuação do juiz diante da infundável quantidade de situações fáticas postas em juízo.

Feita a ressalva acima, se a interpretação é regra para o magistrado e não o campo da discricionariedade, isso não significa concluir que ela seja dotada de relativa simplicidade na sua operacionalização. Na verdade, a interpretação se plasma pelo uso dos “princípios gerais do direito e, sobremaneira hoje, por intermédio da lógica do razoável, da aceitabilidade e adequação da decisão judicial, oriunda dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade que viabilizam a abertura do sistema jurídico”<sup>90</sup>.

Portanto, o que se tem hoje no tocante às cláusulas gerais é o binômio interpretação e aplicação do ordenamento jurídico pelos magistrados com a utilização da argumentação<sup>91</sup>. Isso mostra que a técnica legislativa das cláusulas gerais não renuncia à fundamentação dos atos decisórios prevista pela Constituição Federal (art. 93, IX), não havendo conduta abusiva por parte do magistrado se a decisão for devidamente fundamentada<sup>92</sup>.

## O papel do Poder Judiciário

A técnica legislativa na qual foi redigido o novo Código Civil dá ao juiz o poder de criar, em determinados casos, a solução para o caso concreto. Há, sem dúvida, um voto de confiança na magistratura brasileira, que poderá ter participação ativa no preenchimento do espaço legal propositadamente deixado em aberto pelo legislador.

Aliás, é justamente essa postura ativa da magistratura que a sociedade brasileira espera. Por isso, não devem ser esquecidas as oportunidades perdidas no passado, quando, diante de uma legislação que dava certa abertura, como, por exemplo, o Código Comercial de 1850, a magistratura não desempenhou seu papel como deveria, deixando de dar expressivo desenvolvimento à boa-fé objetiva.

De fato, o moderno Direito Civil, ao mesmo tempo em que concede poderes aos julgadores, também exige qualidade superior da magistratura, que não tratará somente da aplicação do direito pelo método lógico-dedutivo, mas estará dotada de um poder criativo<sup>93</sup>.

Assim, o juiz poderá, com a aplicação da mesma cláusula geral, dar uma solução para um determinado caso e outra solução diferente em outro caso. É que a função do juiz, nesses casos, é integrativa, sendo certo que a sentença proferida tem natureza determinativa, pois, ao integrar a relação jurídica material controvertida, exerce função criadora (Richterrecht)<sup>94</sup>.

O problema é saber se o Judiciário está pronto para assumir os poderes concedidos pelas cláusulas gerais. Nesse ponto, entendemos que é necessária uma mudança de postura dos magistrados, que estavam acostumados a trabalhar em um sistema fechado, onde praticamente apenas faziam uso de raciocínio lógico-dedutivo. Agora tal raciocínio não basta, é mister o uso da tópica no direito, o que exige dos magistrados uma nova visão do direito, visto que passarão a criar a solução para o caso concreto.

<sup>89</sup> Lúcia Valle FIGUEIREDO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 210.

<sup>90</sup> Gisele Santos Fernandes GÓES. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006. p. 93.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>92</sup> NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. In: *Revista trimestral de Direito Civil*, 23. Rio de Janeiro: Editora Padma, 2005. p. 73.

<sup>93</sup> Rodrigo MAZZEI. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Podium, 2007. p. 62.

<sup>94</sup> Nelson NERY JUNIOR; Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil comentado*, p. 163.

Também deverá ser repensado todo o ensino jurídico, uma vez que o aprendizado do Direito no Brasil se dá nos moldes do século das grandes codificações, preparando os operadores do direito, incluindo aqui os magistrados, para atuar em um sistema fechado, onde não existe a abertura dada pelas cláusulas gerais para a inovação na solução dos problemas.

O ingresso na magistratura igualmente demandará reformulação, haja vista que os juízes serão muito mais exigidos em um sistema relativamente aberto. Os julgamentos, pela própria natureza determinativa das sentenças que aplicam as cláusulas gerais, bem como pela necessidade de prestar esclarecimentos à sociedade, deverão ser muito bem fundamentados e alicerçados na Constituição, o que demandará maior tempo e comprometimento do magistrado.

Outro ponto interessante, assinala Rodrigo Mazzei, é que “o Juízo de competência originária (normalmente juiz de primeiro grau) terá sua função prestigiada, diante da necessidade de se colocar mais próximo da questão. Essa necessidade do magistrado primário mergulhar na questão judicial, visando ao preenchimento do proposital vácuo no critério objetivo, fará com que princípios, como o da imediação, da concentração e da identidade física do juiz, refloresçam no sistema”<sup>95</sup>.

A mobilidade pretendida pelo legislador, vale ressaltar, não prejudicará a segurança jurídica, pois os precedentes judiciais indicarão a forma como o juiz deverá se comportar diante de determinada cláusula geral, o que, em certa medida, aproximará nosso sistema daquele da *common law*.

Destarte, diante desse novo panorama, o sucesso das alterações legislativas decorrentes do novo Código Civil somente ocorrerá se o Poder Judiciário adotar medidas repensando o ingresso na magistratura, bem como o seu aperfeiçoamento estrutural e pessoal, haja vista que a atuação em um sistema relativamente aberto exige mais do juiz. Também se faz necessária uma mudança de postura de todos os operadores do direito, o que, sem dúvida nenhuma, entre outros fatores,

depende de uma reestruturação das faculdades de direito.

## Considerações finais

Durante muito tempo o direito trabalhou com a concepção de sistema fechado, mas com a modernização da sociedade foi percebido que tal sistema não mais se sustentava. Com isso, em busca de eficiência, justiça e atualidade é que se pensou na construção de um sistema jurídico relativamente aberto, onde novos e mais estreitos contatos com as ciências sociais seriam estabelecidos pelo direito.

Para a construção do sistema jurídico relativamente aberto, comprometido com a realidade social, a técnica das cláusulas gerais é decisiva, eis que atua como ponte entre o sistema e a realidade social, dando maiores poderes ao magistrado e permitindo a adequação da lei à realidade sem intervenção legislativa.

Porém, não podemos deixar de registrar o paradoxo gerado pelas cláusulas gerais, já que, se por um lado elas deixam um amplo poder de apreciação e decisão nas mãos do magistrado, o que poderia ser considerado um fator de insegurança jurídica; por outro lado, facilitam a atividade legislativa e permitem uma aplicação do direito preocupada com a realidade social e, por conseguinte, com a justiça.

Logo, é certo que a nova codificação civil e a sociedade estão depositando suas esperanças na figura do juiz, pois a ele é dado o poder de operar as cláusulas gerais, podendo construir a solução de cada caso concreto pela incorporação de princípios, usos, costumes e máximas de experiência, o que aproximará o rígido sistema da *civil law* ao da *common law*, apesar das distâncias entre fontes, métodos e estruturas que os separam.

Portanto, não devemos mais ver a segurança jurídica apenas na criação, pelo Poder Legislativo, de normas gerais e abstratas para o caso concreto, mas sim também devemos considerar a segurança jurídica na atuação da magistratura, a qual recebeu da Constituição Federal e do novo Código Civil um voto de confiança da sociedade brasileira.

<sup>95</sup> Rodrigo MAZZEI. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Podium, 2007. p. 67.



## Bibliografia

- APARÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. Cláusulas Gerais: A Incompletude Satisfatória do Sistema. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006.
- CALABRÓ, Luiz Felipe Amaral. A Real Amplitude das Lacunas nas Cláusulas Gerais. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. Termos Jurídicos Indeterminados: Interpretação ou Discrecionabilidade Judicial? Ênfase nos Princípios Jurídicos. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006.
- JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Jus navigandi: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>. Acessado em 21/06/2008.
- MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o Judiciário: Apontamentos na aplicação das Cláusulas Gerais. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Podium, 2007.
- MENEZES CORDEIRO, A. Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Vol. 2. Coimbra: Livraria Almedina, 1984.
- MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. In: *Revista de Direito do Consumidor* nº 50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 23. Rio de Janeiro: Padma, 2005.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- SAKO, Emilia Simeão Albino. Conceitos vagos, indeterminados e cláusulas gerais: a liberdade conferida ao juiz pelo novo Código Civil brasileiro. In: *Revista de Direito do Trabalho*, nº 129. Curitiba: Genesis, 2003.
- SANTOS, Eduardo Sens dos. *O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato*. In: *Revista de Direito Privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 21. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.